

Kroniek Arbeidsrecht 2001

Gerrard Boot
Muriel Middeldorp
advocaten de Amsterdam,
respectievelijk Haarlem

In dit jurisprudentieoverzicht geven Gerrard Boot en Muriel Middeldorp de belangrijkste ontwikkelingen in 2001 weer.

De nummers in de tekst verwijzen naar de nummers in Jurisprudentie Arbeidsrecht (JAR).

Arbeidsovereenkomst

Een serviceflat deed zaken met studenten die 's avonds en 's nachts voor de bewaking van het gebouw zorgden. De rechtbank Groningen (56) nam, anders dan de kantonrechter, aan dat sprake was van een arbeidsovereenkomst omdat er een gezagsverhouding bestond. Daaraan deed niet af dat de studenten zich mochten laten vervangen door andere studenten uit de 'pool', noch dat niet de hele nacht actief hoefde te worden gewerkt. De studenten hadden gedurende lange tijd genoeg genomen met een loon dat beduidend onder het wettelijk minimumloon lag, maar dat was evenmin doorslaggevend.

Ook de arbeidsverhouding van het lid van – en met – een religieuze gemeenschap, werd door de Hoge Raad (218) als arbeidsovereenkomst aangemerkt. Betrokkene had sinds 1969 voor die gemeenschap als bejaardenverzorgster gewerkt en zij kreeg daarvoor slechts kost en inwoning. Aan het loonverreichte uit de definitie van de arbeidsovereenkomst was voldaan, omdat de kost en inwoning als loon in natura werden aangemerkt. Voorts was sprake van een gezagsverhouding

in arbeidsrechtelijke zin, omdat de gezagsrelatie met het gemeenschapslid niet alleen voortvloeide uit de geloofsband. Dit betekende dat, voorzover niet verjaard, met terugwerkende kracht het salaris volgens de CAO Bejaardentehuizen moest worden betaald.

Ook een beurspromovendus (155) werd aangemerkt als werknemer: de door hem verrichte werkzaamheden waren ten minste gedeeltelijk productief en vergelijkbaar met die van wél erkende werknemers (AOI's) van de desbetreffende universiteit; er was sprake van een gezagsverhouding en de beurs werd beschouwd als een vorm van loon.

Een tweetal rechtsvermoedens bracht het tot gepubliceerde jurisprudentie. De rechtbank Amsterdam (196) moest zich uitspreken over het samenstellen van indexen voor Elsevier. Aan het vereiste van het persoonlijk moeten verrichten van de arbeid was voldaan, omdat het om specialistische arbeid ging én betrokkene zijn werkzaamheden nooit door een derde had laten uitvoeren. Dat de 'indexer' facturen verzond, belette niet dat de hierop verrichte betaling als loon

Inhoud

Arbeidsovereenkomst
Arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd
Arbeidsomstandigheden
Arbeidsongeschiktheid
Arbeidsvoorwaarden
Aanpassing arbeidsduur
Over schades, boetes en kosten
Bedrijfsongevallen

Concurrentiebeding
Loonvordering
Proeftijdontslag
RDA-perikelen
Opzegtermijn oudere werknemer
Kennelijk onredelijk ontslag na langdurende arbeidsongeschiktheid
Kennelijk onredelijk ontslag (overig)

Opzegverboden
Ontbinding en opties
Een ontbinding in combinatie met andere vorderingen
Ontbinding wegens privé-gebruik e-mail en internet
Ontbinding op verzoek werknemer
Appèl van artikel 7:685-procedures
Ontslag op staande voet en ontbinding wegens dringende redenen

werd aangemerkt. Er was bovendien sprake van een niet-weerlegd rechtsvermoeden omdat betrokkene het werk gedurende vele jaren had gedaan. Conclusie: arbeidsovereenkomst.

Het rechtsvermoeden ten aanzien van de omvang van de arbeidsovereenkomst (art. 7:610b BW) kwam aan de orde bij de kantonrechter te Dordrecht (163). Een werknemer werkte vanaf 1997 als oproepkracht: in de eerste negen maanden van 1999 werkte zij gemiddeld 167 uur per maand en vanaf november 1999 werd zij voor minder uren opgeroepen, omdat zij slecht zou functioneren. Maar de rechter verwierp dat argument omdat dit niet tijdig en schriftelijk kenbaar was gemaakt. Ook het standpunt van de werkgever, dat het gemiddelde 'te hoog' uitviel als gevolg van enkele pieken, werd niet overgenomen, aangezien de pieken niet als uitzonderlijk werden aangemerkt. De rechter verlengde de referentieperiode van artikel 7:610b BW echter wel tot een jaar en kwam op een gemiddelde van 155 uur werken per maand.

Arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd

In een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd was opgenomen dat 'circa twee maanden vóór de expiratedatum zal worden bezien of het dienstverband met de werknemer zal worden verlengd en zo ja, op welke wijze'. De werkgever in kwestie meldt pas twee dagen voor de afloop van het contract niet tot een voortzetting daarvan te zullen overgaan. De President vindt dat de overeenkomst op de oorspronkelijke expiratedatum niet is geëindigd. Het Hof Amsterdam (126) komt tot een tegengesteld oordeel: de informatieverplichting van de werkgever wordt niet aangemerkt als een overeengekomen opzeggingsbepaling.

Een ander probleem ten aanzien van de afloop van een contract voor bepaalde tijd speelde in verband met ziektevervangings. Een tijdelijk contract was aangegaan 'in verband met de ziekte van de receptionist'. Op enig moment wordt de desbetreffende receptionist wél arbeidsgeschikt verklaard, maar niet tot het werk toegelaten en wordt hem betaald verlof verleend. De kantonrechter Groningen (102) vat de duur van

het contract op als de periode waarover de receptionist wegens diens fysieke problemen afwezig was. Die periode duurt in de visie van de rechter nog voort en dus is het contract met de vervanger (met verwijzing naar HR 27 november 1998, NJ 1999, 189) niet geëindigd.

Arbeidsomstandigheden

Een sollicitant die in zijn cv had aangegeven rookallergisch te zijn en een 100% rookvrije werkplek nodig te hebben, werd niet aangenomen. De door betrokkene van de weigerende werkgever gevorderde schadevergoeding werd afgewezen, omdat ook van hem een opening tot overleg mocht worden verlangd (244).

Eenmaal in dienst, moet de werkgever er op grond van de artikelen 3 en 4 Arboret voor zorgdragen dat zijn werknemers niet het slachtoffer worden van seksueel misbruik. De werkgever-supermarkteigenaar, die zijn hoofdcaissière gedurende 2,5 jaar pestte en seksueel intimideerde, werd veroordeeld tot betaling van NLG 30.000 smartengeld (118).

Arbeidsongeschiktheid

De werkgever is op grond van artikel 7:629 BW gehouden de zieke werknemer gedurende maximaal 52 weken zijn loon door te betalen, waarbij ziekteperiodes die elkaar opvolgen met tussenpozen van korter dan 4 weken bij elkaar worden opgeteld. De kantonrechter in Amsterdam (43) oordeelde, dat in geval van gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid, de daadwerkelijke periodes van arbeidsongeschiktheid bij elkaar moeten worden opgeteld tot een totaal van 52 weken ziekte. Een dergelijke 'spaarkaart' van maximaal 52 weken ziekingeld wordt, met een verwijzing naar andere jurisprudentie, bekritiseerd in SR 2002/4.

Als sprake is van medische beperkingen op grond waarvan een sollicitant weet of redelijkerwijs moet weten dat die hem ongeschikt maken voor de betrekking waarop hij reflecteert, moet betrokkene daar uit eigen beweging melding van maken. Doet hij dat niet, dan verliest de eenmaal in dienst getreden werknemer zijn loonaanspraak, wanneer hij vanwege dat letsel arbeidsongeschikt raakt (182). De kantonrechter in Deventer (247) had een primeur met de uitspraak waarin

werd aangenomen dat sprake was van opzettelijk veroorzaakte arbeidsongeschiktheid, zodat geen aanspraak bestond op loondoorbetaling. Het ging om een werknemer die in privé-tijd onder invloed van alcohol een auto had bestuurd en daarmee een ernstig ongeval had veroorzaakt, dat tevens zijn eigen arbeidsongeschiktheid veroorzaakte.

Werkgevers en werknemers verschillen soms van mening over de vraag of de werknemer arbeidsgeschikt is. De situatie kan zich voordoen dat werkgever en arbodienst vinden dat de werknemer ziek is, en de werknemer zich hersteld acht. Wanneer dan achteraf, in het kader van een beroepsprocedure, komt vast te staan dat de werknemer inderdaad arbeidsgeschikt was, dan moet de werkgever over de periode dat de werknemer zich beschikbaar had gesteld voor arbeid, het salaris betalen. De werkgever die afgaat op dat oordeel van zijn arbodienst, loopt dus een risico, zo bepaalde de Hoge Raad (80) in navolging van eerdere jurisprudentie uit 2000.

De Hoge Raad (238) toonde zich ook streng in zijn uitspraak over het door de werkgever moeten aanbieden van passend werk aan een gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer. De desbetreffende werknemer was ongeschikt voor zijn eigen functie, die af en toe uit tilwerk bestond. De werknemer claimde het kunnen verrichten van zijn eigen werk, maar dan zonder het tilwerk. De werkgever weigerde dat met het argument dat zo'n aangepaste functie niet bestond. De kantonrechter en rechtbank wezen de door de werknemer ingestelde loonvordering af, omdat het aanpassen van de desbetreffende functie van de werkgever niet gevegd kon worden. De Hoge Raad vernietigde deze vonnissen, omdat de desbetreffende redenering alleen dan acceptabel zou zijn geweest, indien de rechtbank had vastgesteld dat de frequentie van de gevallen waarin een beroep op collega's zou moeten worden gedaan om werknemer te ontlasten zó hoog zou zijn dat dit van die collega's en ook van werkgever niet zou kunnen worden gevegd. Een werkgever kan dus niet volstaan met de ongemotiveerde mededeling dat het ontlasten van de ene functionaris een 'te zware extra belasting' voor de anderen zal opleveren.

Arbeidsvoorwaarden

Kledingvoorschriften van PTT Post aan haar mannelijke postbodes (te weten het niet mogen dragen van een korte broek) worden door de rechtbank Den Haag (125), in navolging van de kantonrechter, niet beschouwd als een arbeidsvoorwaarde ex artikel 7:646 BW, maar als een ordevoorschrift in de zin van artikel 7:660 BW.

Onderscheid ten opzichte van vrouwelijke postbodes aan wie het was toegestaan een katoenen broekrok te dragen, was – gelet op de doelstelling van PTT een imago van degelijkheid uit te stralen – daarmee toegestaan.

Een eindejaarsuitkering werd niet als verworven recht aangemerkt, hoewel de op papier discretionair toe te kennen uitkering, in de praktijk gedurende een onafgebroken reeks van jaren – de meeste keren gebaseerd op een positief bedrijfsresultaat – was uitgekeerd. Daarom mocht de werkgever, ook nadat deze eenmaal in een OR-vergadering had medegedeeld dat de eindejaarsuitkering 'een verworven recht was geworden', toen in enig jaar de bedrijfsresultaten tegenvielen, de knip op de beurs houden (241).

Aanpassing arbeidsduur

Afgaande op de gepubliceerde jurisprudentie, leeft de Wet Aanpassing Arbeidsduur nog niet echt. De vraag of de werkgever een zwaarwegend bedrijfsbelang had om zich tegen vermindering of vermeerdering van de arbeidsduur te verzetten, kwam even vaak aan de orde als de vraag naar de spreiding van de arbeidsduur over de week. Een zwaarwegend bedrijfsbelang wordt niet snel aangenomen. Géén zwaarwegend bedrijfsbelang was de wens van de werkgever om vrijgevallen uren door oproepkrachten te laten invullen (49). Evenmin was dat de omstandigheid dat de wens van de werknemer om 24 uur te gaan werken tegen het bedrijfsbeleid inging, welke een ondergrens kende van 32 uur per week (192). Op basis van deze jurisprudentie trekt de werknemer ten aanzien van zijn wens tot vermeerdering of vermindering dus steeds aan het langste eind.

Een verzoek tot een gewijzigde verdeling van de arbeidsuren, zonder dat dit tot een wijziging van de totale hoeveelheid uren per week leidt, valt niet onder de WAA (113).

Dat je er als werknemer nog niet bent met de constatering dat er geen zwaarwegend bedrijfsbelang is, bleek in een zaak voor de kantonrechter in Groningen (87): de werkgever kon zich niet tegen vermindering van de arbeidsduur van 5 naar 3 dagen verzetten, omdat de gevreesde vermindering van rentabiliteit niet was aangetoond. Maar het verzoek van werkneemster om op vaste dagen te worden ingeroosterd werd evenmin ingewilligd, omdat de rechter rekening hield met het werkgeversbelang om de werkneemster op wisselende dagen te kunnen inzetten. Wel rekening met die gewenste vaste vrije dag hield de kantonrechter in Haarlem (117): de wens tot vermindering van 38 naar 24 uur werd gehonoreerd. De werkneemster had erkend dat die 24 uren werk niet in 3 dagen konden worden gedaan en de werkgever moest vervolgens respecteren dat de werkneemster de vrijdag als vaste vrije dag zou krijgen.

Over schades, boetes en kosten

Uit de uitspraak van de Hoge Raad (57) valt af te leiden dat de door werknemers als gevolg van lichte verkeersovertredingen veroorzaakte verkeersboetes, in beginsel voor rekening van de werkgever komen. Bij dit arrest wordt aangetekend dat het ging om een fiscale kwestie, waarbij de werkgever de boetes juist niet verhaald had op de werknemers, en de Staatssecretaris van Financiën meende dat dit als schenking moest worden aangemerkt.

De bepaling in een arbeidsovereenkomst dat zekere kosten door de werknemer dienen te worden terugbetaald bij een vroegtijdig einde van de arbeidsovereenkomst, hield in een drietal zaken geen stand. Ten aanzien van opleidingskosten en leasekosten niet (30), omdat dit als een ongeoorloofde vorm van boetebeding werd aangemerkt; ten aanzien van de kosten van de beroepsopleiding advocatuur niet, omdat een dergelijke verplichting niet duidelijk op papier stond, daarmee de bedoeling van partijen niet duidelijk was en dit voor risico van de werkgever diende te komen (191); nog eens ten aanzien van opleidingskosten niet, omdat de terugbetaling daarvan gekoppeld was aan 'tussentijdse' beëindiging, en daarvan geen sprake werd geacht, nu het ging om de door

de werkgever bewerkstelligde afloop van rechtswege van een tijdelijk contract (249).

Een werknemer kan aansprakelijk worden gehouden voor door hem veroorzaakte schade, zo ondervond de (ex-)directeur van een stichting, die had nagelaten zorg te dragen voor een behoorlijke administratieve verslaglegging, terwijl er tegelijkertijd grote kastekorten waren ontstaan (Hoge Raad, 127).

Bedrijfsongevallen

Artikel 7:658 lid 2 BW stelt de werkgever aansprakelijk voor de schade die de werknemer lijdt in de uitoefening van zijn werkzaamheden, tenzij hij aantoonst dat hij niet tekort is geschoten in zijn zorgverplichtingen, of tenzij hij aantoonst dat de schade in belangrijke mate het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer.

Van een schending van zorgverplichtingen door de werkgever bij een verkeersongeval van werknemer tijdens 'werk-werk' verkeer was geen sprake; de door werknemer geleden schade was in dit bijzondere geval daarom (slechts) toewijsbaar op grond van strijd met goed werkgeverschap: de overige werknemers die in het desbetreffende busje zaten, hadden hun schade namelijk wel vergoed gekregen (24).

Het ontbreken van een ongevalsrapportage betekent niet zonder meer dat de werkgever te kort is geschoten in zijn zorgverplichting (23). Ook wanneer hulppersonen van de werkgever tekortschieten in hun zorgplicht, kan dat als tekortschieten van de werkgever worden aangemerkt (257).

Een apothekersassistente liep tegen een door een collega 'vastgezette' openstaande lade op. Het Hof vindt dit een vorm van medeschuld van de werknemer, op grond waarvan de vergoedingsplicht van de werkgever tot 50% wordt verminderd. De Hoge Raad (256) oordeelt echter dat schade als gevolg van zowel een gevaarscheppende handeling van een collega, als van eigen schuld van de werknemer, geheel voor rekening van de werkgever blijft, tenzij de schade in belangrijke mate het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer. Voor matiging van de schuld enkel op basis van billijkheid is ook geen plaats.

Een postbesteller ging in een impuls een uit zijn auto weggewaaid brief achterna, en werd geschept door een auto. De PTT wordt op grond van artikel 7:658 BW hiervoor aansprakelijk gehouden. De rechtbank meende dat de PTT in redelijkheid door middel van veiligheidsinstructies de kans op dat wegwaaien had kunnen voorkómen. De rechtbank is daarmee volgens de Hoge Raad (218) met juistheid uitgegaan van de opvatting dat genoemd artikel ertoe strekt te bewerkstelligen dat de werknemer tegen het oplopen van ongevallsschade wordt beschermd, voorzover als redelijkerwijs in verband met de aard van de arbeid gevorderd kan worden.



Een ongeval van een werknemer tijdens het woon-werkverkeer dat buiten het werkmilieu plaatsvindt, valt niet onder artikel 7:658 BW (Hoge Raad: 260).

In een andere zaak was een leerling-scheepsbouwer aan het werk in een op de wal gelegen boot en daarbij met zijn rug tegen de rand van het vaartuig gevallen; niet duidelijk werd of hij viel en de boot daardoor kantelde, of dat de boot kantelde en hij daardoor viel. De rechtbank droeg de werknemer het bewijs op van het laatste. De Hoge Raad (96) vindt dat dat te ver gaat: van de werknemer kan, bij de vraag of hij schade heeft geleden in de uitoefening van zijn werkzaamheden, niet worden verlangd dat hij ook aantoonst hoe het ongeval zich

heeft voorgedaan of wat de oorzaak daarvan was. De Hoge Raad (13) stelt zelfs letterlijk dat het vereiste dat de schade de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden is overkomen, 'ruim moet worden uitgelegd'. Dit betekent dat aan dit vereiste is voldaan ten aanzien van een werknemer die zijn dakbedekkerswerkzaamheden verrichtte op het terrein van een klant van zijn werkgever, ook zonder dat vaststond dat de desbetreffende werkzaamheden die hem nadelig werden (hij zakte door een bepaald dak) hem door zijn werkgever waren opgedragen.

Concurrentiebeding

Over de vraag of het jegens de werknemer is toegestaan dat een uitlener met de inlener overeenkomt dat de desbetreffende gedetacheerde werknemer gedurende een bepaalde periode na afloop van de uitlening niet bij de inlener in dienst mag treden, wordt verschillend gedacht. In de per 1 juli 1998 afgeschafte Arbeidsvoorzieningswet was een dergelijk 'concurrentiebeding' verboden, in de nadien in werking getreden WAADI is dat verbod niet overgenomen. De president Amsterdam (17) zag daarin aanleiding het desbetreffende beding geldig te achten; de kantonrechter aldaar (59) ging er daarentegen op grond van de parlementaire geschiedenis vanuit dat het indirecte belemmerings-

verbod was gehandhaafd, 'al is dat verbod niet meer in de wet opgenomen' en het gerechtshof in de hoofdstad (66) komt een maand later, toetsend aan artikel 6:248 BW, tot eenzelfde conclusie.

Op overtreding van een concurrentiebeding wordt vaak een hoge boete gesteld. De vraag wordt herhaaldelijk gesteld of een dergelijke boete onder artikel 7:650 BW valt, hetgeen onder meer zou meebrengen dat de bestemming van de boete moet zijn aangegeven en per week aan maxima is gebonden, tenzij van die bepaling expliciet is afgeweken. De kantonrechter Amsterdam (202) is van oordeel dat zo'n concurrentiebedingboete niet onder de als disciplinair bedoelde boete van artikel 7:650 BW valt: het ontbreken van het bepalen van de bestemming, brengt daarmee niet de nietigheid van het boetebeding met zich mee. Ook de rechtbank Utrecht (214) komt tot dat oordeel, waarbij de desbetreffende boete naar billijkheid en met inachtneming van artikel 6:94 BW wordt gematigd tot NLG 75.000.

Wanneer de functie van een werknemer ingrijpend wordt gewijzigd, moet een eenmaal overeengekomen concurrentiebeding schriftelijk worden herbevestigd. Datzelfde geldt indien de werknemer met zijn werkgever een dienstverband heeft gehad waaruit hij ontslag heeft genomen, en na een onderbreking van 2,5 maand bij diezelfde werkgever, maar op andere arbeidsvoorwaarden, weer in dienst treedt (64).

Loonvordering

Een werkgever heeft een werknemer op 29 november 1994 eerst ontslag aangezegd per 1 januari 1994 en later per 13 februari 1995. Toen de per 12 januari 1995 ziek gemelde werknemer zich per 27 maart 1995 beter meldde werd hij niet tot het werk toegelaten, waarna werknemer zich weer ziek meldde en op 19 april 1995 de nietigheid van het ontslag per 13 februari 1995 inriep. Een door de werknemer ingestelde voorlopige voorziening tot tewerkstelling werd in juni 1995 door de kantonrechter wegens gebrek aan spoedeisend belang (werknemer was nog ziek) afgewezen. De werknemer werd per 4 september 1995 hersteld verklaard, maar liet dat niet aan de werkgever weten en stelde zich evenmin beschikbaar

voor het werk. Staat dat nu aan toewijzing van de loonvordering in de weg? De Hoge Raad (26) vond van niet. De werknemer mocht er, gelet op de houding die de werkgever daarvoor had ingenomen, van uitgaan dat deze hem op en na 4 september 1995 niet meer tot het werk zou toelaten. Auteurs dezes wijzen er hierbij op dat artikel 7:628 BW (geen arbeid, geen loon) niet eist dat de werknemer zich voor de arbeid beschikbaar moet hebben gehouden. Het bepaalt slechts dat het loon toewijsbaar is als de oorzaak voor het niet-werken in redelijkheid voor rekening van de werkgever behoort te komen.

Proeftijdontslag

In artikel 7:652 BW komt tot uitdrukking dat schriftelijk een proeftijd van twee maanden kan worden afgesproken bij een overeenkomst voor onbepaalde tijd of voor een duur van twee jaar of meer. Bij CAO kan daarvan worden afgeweken. Een werkgever was uitgegaan van een CAO die eerst later in werking zou treden door de melding daarvan op grond van de Wet op de Loonvorming. De kantonrechter (90) kwam tot het oordeel dat het door die werkgever gegeven proeftijdontslag geldig was, omdat een dergelijke anticipatie – hij baseerde dat op de toelichting op de wet – mogelijk moest zijn. In een andere zaak speelde dat de arbeidsovereenkomst pas na aanvang van de arbeidsovereenkomst werd opgesteld en getekend, waarna de werkgever op de valreep gebruikmaakte van het daarin ook opgenomen proeftijdbeding. Maar de kantonrechter maakte uit dat het proeftijdbeding niet geldig was (en het ontslag dus ook niet) omdat een proeftijdbeding alleen geldig kan zijn indien dat schriftelijk bij aanvang van de arbeidsovereenkomst is overeengekomen (135).

RDA-perikelen

De rechtbank Leeuwarden moest oordelen over de vraag wat had te gelden toen de RDA (thans CWI) na het verlenen van een ontslagvergunning bij brief liet weten aan de werkgever dat als gevolg van een vergissing de wederindiensttredingsvoorwaarde van zes maanden was weggefallen en dat deze als-nog moest worden toegevoegd. De werkne-

mer stelde dat de werkgever de voorwaarde had overtreden en de werkgever gaf aan dat de voorwaarde niet achteraf kon worden toegevoegd. Bepaald werd dat de voorwaarde niet met terugwerkende kracht kon worden gesteld, maar dat wel beoordeeld zou moeten worden of de werkgever zich aan overtreding van de voorwaarde na het bekendmaken daarvan had schuldig gemaakt (139). De Hoge Raad heeft zich moeten uitlaten (258) over de vraag wat gold toen de RDA de wederindiensttredingsvoorwaarde niet stelde op 26 weken na bekendmaking van de toestemming maar op zes maanden na de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Vóór het aflopen van de opzegtermijn had de werkgever een nieuwe medewerker aangetrokken. De werknemer stelde zich op het standpunt dat zijn ontslag nietig was en de werkgever vond de voorwaarde van de RDA in strijd met het Delegatiebesluit en daarom nietig. De Hoge Raad overweegt dat de ratio van de wederindiensttredingsvoorwaarde ertoe leidt dat de voorwaarde wel geldig is, althans dat daarop een beroep kan worden gedaan binnen de door het Delegatiebesluit getrokken grenzen (dus binnen zes maanden na ontslagvergunning).

Als de RDA een fout maakt, kan deze uit hoofde van onrechtmatige daad worden aangesproken tot vergoeding van de schade. Dat is bijvoorbeeld het geval als een op zich deugdelijk verweer van de werknemer onvoldoende wordt onderzocht in het kader van de BBA-procedure. Als zich vervolgens ook inkomensschade verwezenlijkt, wordt causaal verband tussen de gedraging van de RDA en de schade aangenomen en is het aan de RDA om te stellen en zonodig te bewijzen dat die schade ook zonder de onrechtmatige gedraging zou zijn opgetreden. In nummer 236 werd dat bewijs door de RDA niet geleverd en moest gederfd inkomen over twee jaar worden vergoed.

Opzegtermijn oudere werknemer

In het overgangsrecht op artikel 7:672 BW staat dat de voor de werknemer geldende langere opzegtermijn (gefixeerd op 1 januari 1999, indien de werknemer toen ouder was dan 45 jaar) blijft gelden na inwerkingtreding van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid.



In nummer 150 leidt de kantonrechter te Rotterdam uit de parlementaire geschiedenis af dat in het overgangsrecht bewust niets is bepaald omtrent een mogelijke afwijking van deze overgangsregeling bij CAO. Om die reden kon door de werkgever geen beroep worden gedaan op de in het kader van een ontslagronde met de vakbonden gemaakte afspraak dat slechts een opzegtermijn van één week zou gelden. Maar wat voor de werkgever heeft te gelden, geldt niet voor de uitvoeringsinstelling. De Centrale Raad van Beroep heeft in nummer 67 definitief uitgemaakt wat de invloed is van de overgangsregeling voor het opgeschorte recht op een WW-uitkering van de oudere werknemer. Voor de beoordeling van de vraag wat de fictieve opzegtermijn is op basis van artikel 16 WW mag uitsluitend naar artikel 7:672 BW worden gekeken en dus niet naar de overgangsregeling. Dat betekent dat de werknemer zich jegens de werkgever kan beroepen op een lange opzegtermijn terwijl hij zich tegenover de uitvoeringsinstelling op het standpunt kan stellen dat slechts de kortere termijn heeft te gelden. Consequent doorredenerend heeft de Centrale Raad van Beroep ook uitgemaakt dat de aanzegtermijn van artikel 7:672 (opzegging geschiedt in beginsel tegen het eind van de maand) wel geldt in relatie tot artikel 16 WW. De opzegtermijn is dus normaliter een x-aantal volle kalendermaanden en de WW-uitkering wordt dan verstrekt per de eerste van de daaropvolgende maand.



Kennelijk onredelijk ontslag na langdurende arbeidsongeschiktheid

Maar liefst negen uitspraken werden gepubliceerd over de vraag of een ontslag na/wegens langer durende arbeidsongeschiktheid kennelijk onredelijk is. De uitkomsten verschilden nogal. Aan de werknemers in de zaken 34, 121, 133, 242 en 253 werd geen schadevergoeding toegekend. In de zaken met de nummers 19, 88 en 184 werd wel een vergoeding toegekend van respectievelijk $C = 0,9$, een niet te bepalen C -factor en $C < 0,5$. In de negende zaak (120) moet de werknemer eerst nog bewijs leveren van de stelling dat zijn ziekte samenhangt met de uitvoering van de arbeidsovereenkomst waarna, als dat bewijs wordt geleverd, de werknemer kan rekenen op een vergoeding conform de kantonrechttersformule. Beslissend voor de toekenning van een schadevergoeding is in bijna alle gevallen de vraag of er een causaal verband bestaat tussen de werkzaamheden en de arbeidsongeschiktheid. De kantonrechtters verschillen daarbij van mening of aansluiting moet worden gezocht bij de kantonrechttersformule zoals die in artikel 7:685 BW-procedures wordt gebruikt. De ene kantonrechter motiveert uitvoerig dat er feitelijk geen verschil bestaat tussen een 7:681 en een 7:685-procedure, maar de andere betreft bij zijn oordeel ook zeer nadrukkelijk de overige omstandigheden van het geval (inkomensschade, al of niet betaalde suppletie et cetera.)

Kennelijk onredelijk ontslag (overig)

Het ontslag van een tandarts kwam de Staat duur te staan (188). Deze weigerde namelijk aan de arts inzage te geven in het rapport dat was opgemaakt naar aanleiding van zijn vakinhoudelijke capaciteiten en op basis waarvan aan de tandarts ontslag werd verleend. Die weigering was voldoende voor de conclusie dat sprake was van kennelijke onredelijkheid. In nummer 195 was sprake van seksuele intimidatie en slecht werkgeverschap. Dat leverde de werkneemster een vergoeding op wegens kennelijke onredelijkheid en een vergoeding voor immateriële schade in het kader van de door haar ook gestelde aansprakelijkheid van de werkgever op grond van artikel 7:658 BW. De president in Breda is overigens bereid om een voorschot toe te kennen op een vergoeding die zal volgen in een kennelijk onredelijke ontslagprocedure (53).

Ten slotte nog twee uitspraken van de Hoge Raad. In de CAO voor het Hoger Beroepsonderwijs staat dat werknemer zich tot de Commissie van Beroep (in Woerden) kan wenden als hij beroep wil instellen tegen een ontslagbesluit. Maar als de leraar direct naar de kantonrechter wil stappen, kan dat ook. Dat volgt uit het arrest van de Hoge Raad van 31 mei 1996 (NJ 1996, 693). Alleen als tussen partijen ondubbelzinnig is afgesproken dat een andere rechter dan de kantonrechter bevoegd is, is een dergelijk beroep niet mogelijk. Uit de CAO en

de Wet op het Hoger Onderwijs en Wetenschappelijk Onderzoek volgt niet dat sprake is van een dergelijke ondubbelzinnige overeenkomst; de leraar heeft de keuze. Hij kan de burgerlijke rechter ook benaderen nadat hij bij de Commissie van Beroep is geweest (240).

In nummer 82 speelde een andersoortig probleem. Duzgun, 57 jaar oud, werd door Abilis na een dienstverband van 15 jaar ontslagen in het kader van een reorganisatie. Met de vakbond werd een sociaal plan overeengekomen, maar de daaruit voortvloeiende ontslagvergoeding vond Duzgun onvoldoende en hij startte een kennelijk onredelijke ontslagprocedure. Circa een halfjaar na de eerste reorganisatie besluit Abilis tot een tweede reorganisatie in het kader waarvan opnieuw een sociaal plan wordt overeengekomen dat in financiële zin niet gunstiger is dan het plan dat op Duzgun van toepassing is. Voorts besluit Abilis tot afschaffing van een bepaalde toeslag om de salariskosten te drukken. De rechtbank neemt deze laatste twee omstandigheden volgens de Hoge Raad ten onrechte in beschouwing bij het oordeel over de vraag of het aan Duzgun gegeven ontslag kennelijk onredelijk is vanwege de tekortschietende vergoeding. Alleen de omstandigheden ten tijde van het ontslag kunnen worden meegenomen en niet de zich nadien voorgedaan hebbende omstandigheden. In cassatie betoogde Abilis nog dat Duzgun aan het sociaal plan was gebonden omdat het als CAO zou hebben te gelden. Maar er had geen aanmelding conform artikel 4 van de Wet op de Loonvorming plaatsgevonden, dus dat argument ging niet op.

Opzegverboden

De problematiek rond het al of niet moeten overleggen van een getoetst reïntegratieplan wordt in deze kroniek niet behandeld, nu dat vereiste sedert de inwerkingtreding van de Wet Verbetering Poortwachter per 1 april jl. geheel is komen te vervallen. Maar de opzegverboden (en de reflexwerking daarvan) gelden uiteraard nog steeds. Een statutair directeur zag het ontbindingsverzoek van de vennootschap afgewezen worden omdat de arbeidsongeschiktheid niet

situatief was (252). In een andere zaak werd uitgemaakt, dat alleen als sprake is van een algehele beëindiging van de werkzaamheden die door de zieke werknemer worden verricht, het opzegverbod geen opgeld doet. Maar vermindering van activiteiten of het verplaatsen daarvan, is geen reden het opzegverbod te negeren (131).

Op grond van artikel 10 van de Richtlijn 92/85 is ontslag tijdens zwangerschap en zwangerschapsverlof verboden. In de nationale regelgeving mogen daarop wel uitzonderingen worden gemaakt. Het niet-verlengen van een tijdelijke arbeidsovereenkomst wegens zwangerschap is in strijd met de richtlijn (219 en 220). In Nederland werd al aangenomen dat ontslag tijdens de proeftijd wegens zwangerschap niet toelaatbaar is.

Ontbinding en opties

De Hoge Raad heeft uitgemaakt dat de kantonrechter die aan de werknemer in het kader van een artikel 7:685-procedure ook het recht toekende om na beëindiging van de arbeidsovereenkomst gebruik te mogen blijven maken van de optieregeling, niet buiten het toepassingsgebied van artikel 7:685 was getreden (14). In 2001 trachtten meerdere werknemers de schade, die zij zouden kunnen lijden als gevolg van het feit dat de optierechten niet meer konden worden uitgeoefend, vergoed te krijgen. In een aantal gevallen kende de kantonrechter schattenderwijs een vergoeding toe (29 en 168), in andere zaken verlengde de kantonrechter het recht om de opties uit te oefenen (70: 1 maand en 179: 1 jaar). In één geval werd de vergoeding wegens optieschade afgewezen omdat te onzeker was of die opties überhaupt een bepaalde waarde vertegenwoordigden, aangezien deze pas zouden kunnen worden uitgeoefend twee jaar na de uitspraak van de kantonrechter (119). Mr. Kuip verwoordde dat een aparte procedure tot vergoeding van de optieschade denkbaar was omdat de kantonrechter in de ontbindingsprocedure geen rekening had gehouden met die optieschade (50).

Een ontbinding in combinatie met andere vorderingen

Als de kantonrechter in de ontbindingsprocedure een volledige afweging heeft gemaakt van alle relevante feiten en deze tot uitdrukking heeft laten komen in de ontbindingsvergoeding kan de werknemer daarna niet vanwege diezelfde feiten een separate procedure starten (255). Om die reden werd de aanspraak op wachtgeld van een werknemer afgewezen, nu met die aanspraak door de kantonrechter in de ontbindingsbeschikking al rekening was gehouden (170). Als de kantonrechter bij wijze van vergoeding het recht om gebruik te maken van een optieregeling kan verlengen, kan hij de werknemer ook toestaan om nog zes maanden langer een bedrijfswoning te huren (71). Een andere werknemer verzocht om een voorlopig getuigenverhoor omdat hij bewijs wilde leveren van de stelling dat hij door zijn werkgever onheus was bejegend. Het verzoek werd door de kantonrechter afgewezen omdat dit zich niet zou verenigen met het spoedeisend karakter van de artikel 7:685 BW-procedure, maar dat zag de kantonrechter – volgens de rechtbank Amsterdam – verkeerd. Deze overwoog dat, als tegelijkertijd een ontbindingsprocedure was opgestart, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, het voorlopig getuigenverhoor kan worden afgewacht (76).

Ontbinding wegens privé-gebruik e-mail en internet

De onderwijsassistent die zich ook bezighield met een seksshop en kwistig gebruikmaakte van de internetmogelijkheden op de computer van zijn werkgever kwam er bekaaid af (C = 0), waarbij de kantonrechter in het midden liet of de gedragingen een dringende reden of een wijziging in de omstandigheden opleverden (4). De kantonrechter in Utrecht benoemde het gedrag van de werknemer die via e-mail pornografie verspreidde wel als een dringende reden (7). Daarover dacht de kantonrechter in Amsterdam anders: hij vond het versturen van een pornografische e-mail niet ernstiger dan het in bezit hebben van een pornoblaadje in de eigen bureaulade. Hij weigerde de ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Vaststond dat de desbetreffende medewer-

ker met een collega, met wie hij een relatie had, pornografische e-mails had uitgewisseld en ook dat hij die aan collega's had laten lezen. De kantonrechter vond het relevant dat hij de e-mails niet had laten lezen aan ondergeschikten maar aan collega-groepsleiders. Ook de machocultuur en de duur van het dienstverband speelden een rol bij de weigering (101).

Ontbinding op verzoek werknemer

Er worden steeds meer uitspraken gepubliceerd in ontbindingszaken waarin de werknemer de verzoekende partij is. Uit die uitspraken kan worden geconcludeerd dat het tijdens de opzegtermijn verzoeken van ontbinding bepaald niet altijd succesvol is (148), terwijl ook de verhuizing van de werkgever (en de dus noodzakelijke verhuizing van de werknemer) niet per se een vergoeding oplevert (35). Voorts was de conclusie van de werknemer, dat hij als gevolg van het 'up or out systeem' van de werkgever wel zou gaan sneuvelen, ook geen vergoeding waard (210). En de werknemer die ontbinding verzocht terwijl hij ook gebruik had kunnen maken van een terugkeergarantie die hem door zijn vorige werkgever was gegeven, kreeg evenmin een vergoeding (205). Maar als de werknemer echt een verhaal heeft dan wordt een rekest wel beloond met een (meestal forse) vergoeding (42). Ook de ontbinding die de werknemer verzoekt nadat de werkgever een eerder ontbindingsverzoek heeft ingetrokken, levert geld op (61), zeker als al in die eerste procedure is uitgemaakt dat sprake is van slecht werkgeverschap. Een onterechte beschuldiging van fraude en een degradatie kostte de werkgever correctiefactor 2 en smartengeld (161).

Appèl van artikel 7:685-procedures

Op grond van artikel 6 Besluit Oproepingen, Mededelingen en Zendingen Verzoekschriftprocedure moet de griffier de verweerder nogmaals per gewone brief oproepen als de eerder per aangetekende post verstuurd oproeping retour is gekomen. In een artikel 7:685-procedure liet een werknemer verstek gaan en kwam in hoger beroep van de ontbindingsbeschikking, onder andere met een beroep op voornoemd

artikel. Tot en met de Hoge Raad is over de vraag of het Besluit ook van toepassing is op de artikel 7:685 BW-procedure, gestreden, met uiteindelijk een voor de werknemer gunstig resultaat (79). Hou er als advocaat van de werkgever dus altijd rekening mee dat bij verstek zonedig verzocht wordt om een aanhouding van de ontbindingsprocedure als niet gebleken is dat ook de tweede oproeping heeft plaatsgevonden.

Als tijdens de mondelinge behandeling door de werknemer een nieuw stuk wordt ingebracht en de kantonrechter laat de werkgever daarop niet meer reageren, terwijl de ontbindingsbeschikking op dat stuk wel

Ontslag op staande voet en ontbinding wegens dringende reden

Bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een dringende reden voor onmiddellijke opzegging van de arbeidsovereenkomst moeten alle omstandigheden van het geval (ook de persoonlijke) worden afgewogen. Maar de Hoge Raad heeft aangegeven (95) dat de rechter niet ambtshalve naar die persoonlijke omstandigheden hoeft te kijken. De Hoge Raad maakte in deze uitspraak voorts uit dat voor de beoordeling van het onverwijldheidsvereiste relevant is het tijdstip waarop de dringende reden tot ontslag ter kennis is gekomen van degene die bevoegd is het ontslag te verlenen.

zaak voerde een medewerker snijzaal van een ziekenhuis verweer in een ontbindingsprocedure waarin de werkgever stelde dat hij ten tijde van de sollicitatie had moeten melden dat sprake was van een ernstig alcoholprobleem. De ontbinding werd uitgesproken wegens een dringende reden, ook omdat de werkgever had aangeboden dat de werknemer onbetaald verlof kon opnemen om het alcoholprobleem te laten behandelen, hetgeen de werknemer geweigerd had (228).

In acht andere gevallen (37, 40, 52, 84, 111, 146, 216 en 226) was sprake van een nietig ontslag op staande voet of werd de ontbinding wegens een dringende reden geweigerd. In de tweede zaak (40) ging het om de verduistering van ritgelden door een taxichauffeur. De taxichauffeur had aangevoerd dat sprake was van concentratiestoornissen/vergeetachtigheid als gevolg van een whiplash en/of medicijngebruik. De kantonrechter gelastte een deskundigenbericht maar in hoger beroep stelde de rechtbank dat, zo al sprake was van deze fysieke/mentale tekortkomingen, de werknemer daarvan eerder melding had moeten maken aan de werkgever, zodat het deskundigenbericht niet noodzakelijk was. Dat oordeel vond geen genade bij de Hoge Raad: voor verduistering is opzet vereist en als die opzet ontbreekt is dat een relevante omstandigheid die moet worden vastgesteld.

Een werknemer vertrekt met de noorderzon. Hij wordt op staande voet ontslagen wegens ongeoorloofde afwezigheid. Een klein halfjaar na zijn verdwijning wordt hij teruggevonden door zijn dochter omdat hij in het ziekenhuis is opgenomen wegens een hartinfarct. Binnen de zesmaandentermijn roept hij de nietigheid van het ontslag in. Op zijn verzoek wordt bovendien een voorlopig deskundigenonderzoek gelast en de deskundige komt tot de conclusie dat de man overspannen was ten tijde van zijn verdwijning. De Hoge Raad komt (216) tot de conclusie dat de rechtbank op grond van dit deskundigenoordeel mocht aannemen dat de werknemer arbeidsongeschikt was (en zich dus niet schuldig maakte aan werkverzuim) en dat de rechtbank dus ook terecht de werkgever tot tegenbewijs in staat had gesteld. Wordt vervolgd...

mede wordt gestoeld, is dat reden voor appèl omdat sprake is van een ernstige schending van het beginsel van hoor en wederhoor. In het geval waarin de Hoge Raad tot dit oordeel kwam (81) ging het om een door de werknemer ter zitting aan de kantonrechter getoonde second opinion die na protest van de werkgever door de werknemer weer was teruggenomen, terwijl de kantonrechter aan die second opinion in de ontbindingsbeschikking wel refereerde.

Van een dringende reden was ook sprake in de zaken 9 en 228 en 245. In de eerste zaak ging het om een cateringmaatschappij die een consequent beleid voerde op het punt van het zich toe-eigenen door personeel van etenswaar. De cateringmaatschappij had aan haar werknemers uitdrukkelijk verboden om ook geringe hoeveelheden, beschadigde hoeveelheden of resten uit geopende verpakkingen op te eten. De steward die een half leeggeeten zakje noten naar binnen werkte was dus terecht op staande voet ontslagen, althans zag zich geconfronteerd met een voorwaardelijk uitgesproken ontbinding wegens een dringende reden. In de tweede

